

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE CERGY-PONTOISE**

NG

N° 2110762

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE LEVALLOIS-DISTRIBUTION et
Mme C... B...

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. A...
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 30 août 2021

PCJA : 54-035

Code de publication : C

Vu la procédure suivante :

Par une requête et des pièces, enregistrées le 25 août 2021, la société Levallois-Distribution et Mme C... B..., représentées par Me Lévy, demandent au juge des référés, statuant par application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'ordonner la suspension de l'exécution de l'arrêté CAB/DS/SIDPC n°2021-688 du 14 août 2021 par lequel le préfet des Hauts-de-Seine a subordonné l'accès au centre commercial So Ouest à la présentation d'un « passe sanitaire ».

Elles soutiennent que :

- la condition d'urgence est remplie dès lors, d'une part, que la société « Levallois-Distribution » a perdu 21% de fréquentation par rapport à la même période de l'année 2020, ce qui s'est traduit par une importante perte de chiffre d'affaires et, d'autre part, qu'en ne prévoyant pas d'aménagement pour les personnes ne disposant pas d'un « passe sanitaire » afin de leur garantir un accès aux produits et services de première nécessité, l'arrêté empêche un nombre très important de personnes de se procurer, à moindre coût, des produits de première nécessité ;

- l'arrêté attaqué porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'aller et venir de toutes les personnes ne disposant pas d'un « passe sanitaire » ainsi qu'à la liberté d'entreprendre de la société Levallois-Distribution, ainsi qu'à celles de tous commerces présents au sein du centre commercial So Ouest dès lors qu'elle les prive d'une partie importante de leur clientèle ;

- cette atteinte est manifestement illégale dès lors que l'arrêté contesté ne respecte ni l'obligation de motivation ni l'obligation de permettre l'accès des personnes ne disposant pas d'un « passe sanitaire » aux biens et aux services de première nécessité ainsi que l'exigent

pourtant les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire ; le gouvernement ayant subordonné les restrictions d'accès aux grands centres commerciaux au dépassement du seuil de 200 cas pour 100 000 habitants, ce seuil n'est pas et n'a jamais été atteint dans le département des Hauts-de-Seine ; en outre, il est en constante diminution ; l'arrêté ne comporte aucune justification concernant le choix de retenir le centre commercial So Ouest pour l'instauration du passe sanitaire et ne leur permet à aucun moment de connaître les raisons qui ont conduit le préfet des Hauts-de-Seine à retenir le centre commercial So Ouest au titre des établissements devant instaurer le passe sanitaire ; les restrictions apportées par l'arrêté portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir dès lors que, d'une part, il s'applique indistinctement de manière générale et absolue, sans limitation de durée, à l'ensemble des commerces situés dans le centre commercial So Ouest en ne distinguant à aucun moment les commerces au regard de leurs activités notamment en ce qu'ils proposent ou non des produits et des services de première nécessité, d'autre part, il ne prévoit aucun aménagement permettant de préserver l'accès des personnes qui ne disposent pas du « passe sanitaire » à l'hypermarché à vocation essentiellement alimentaire au sein du centre commercial So Ouest et ne garantit donc, dans ces conditions, à aucun moment l'accès de ces personnes aux produits et aux biens de première nécessité.

Par un mémoire en défense, enregistré le 27 août 2021, le préfet des Hauts-de-Seine conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que :

- l'arrêté attaqué ne prive pas les personnes non titulaires d'un « passe sanitaire » des produits et services de première nécessité dès lors que la mesure ne concerne que les centres commerciaux de plus de 20 000 m² ; si l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021 prévoit que l'imposition du « passe sanitaire » doit se faire dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité, il n'impose pas que cet accès soit garanti au sein de chacun des centres commerciaux soumis au « passe sanitaire », mais que des biens et services de première nécessité soient accessibles pour chaque habitant résidant dans le bassin de vie des centres commerciaux soumis à « passe sanitaire », ce qui a été vérifié en l'espèce, la commune de Levallois disposant de plus de vingt supermarchés.

- l'arrêté attaqué répond à l'aggravation de la situation sanitaire dans le département des Hauts-de-Seine et en Ile-de-France en général ; le taux d'incidence dans les Hauts-de-Seine et en Ile-de-France connaît depuis le début du mois d'août une augmentation constante et importante ; au 21 août, le taux d'incidence est nettement supérieur à 200 chez les 20-29 ans et chez les 30-39 ans et est proche de 200 chez les 10-19 ans, intéressés par les achats de la rentrée ; cette tendance est susceptible de s'aggraver en raison de la fin des vacances scolaires entraînant un retour des estivants et de la montée en puissance des nouveaux variants ; les centres commerciaux de plus de 20 000 m² attirant un public nombreux dans un espace confiné, le risque de contamination est élevé dans ce contexte de progression de l'épidémie et, dès lors, la condition de la gravité des risques de contamination prévue par l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021 est satisfaite ;

- la mesure prise fera l'objet d'une évaluation régulière ; si l'arrêté s'applique jusqu'au 15 novembre 2021, il sera néanmoins mis fin aux mesures qu'il prescrit dès que la situation sanitaire s'améliorera de manière durable et significative ;

- l'arrêté attaqué a été pris en application de la loi du 5 août 2021 qui a été jugée conforme, sous certaines réserves, à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 ;

- l'arrêté ne fait pas obstacle à la liberté d'entreprendre dès lors que des dispositifs de tests ont été installés aux abords du centre commercial afin de permettre aux personnes démunies

de « passe sanitaire » d'accéder malgré tout au centre commercial.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;
- la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire ;
- le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;
- le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021 modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. A..., vice-président, en application de l'article L. 511-2 du code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience publique du 27 août 2021 à 14 heures.

Ont été entendus au cours de l'audience publique, tenue en présence de Mme P..., greffière d'audience :

- le rapport de M. A..., juge des référés ;
- les observations de Me Lévy et de Mme E..., avocats représentant la société « Levallois Distribution » et Mme B..., qui précisent leurs conclusions en indiquant que la demande de suspension ne porte que sur les articles 1^{er} et 2 de l'arrêté attaqué et non sur les autres articles de l'arrêté, ainsi que leurs moyens. Ils soutiennent que la condition tenant à l'urgence est remplie dès lors que depuis le 16 août la baisse de fréquentation et du chiffre d'affaires de la société « Levallois Distribution » est d'environ 20% ; que le contexte sanitaire est en amélioration constante dans le département des Hauts-de-Seine et s'établit à un taux d'incidence de 149 au 27 août ; que l'arrêté attaqué ne précise pas les caractéristiques du centre commercial So Ouest qui justifient qu'il figure dans l'arrêté ; qu'il est le seul centre commercial du département visé par l'arrêté ce qui crée une rupture d'égalité ; que contrairement à ce que prévoient les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021, l'arrêté ne garantit pas un libre accès aux produits et services de première nécessité au sein du centre commercial pour les personnes qui ne disposent pas d'un « passe sanitaire » ; que l'arrêté n'est pas limité dans le temps ; que si le préfet fait valoir qu'il existe des commerces dans le bassin de vie assurant cet accès à des produits et services de première nécessité, cette faculté de substitution n'est pas prévue par la loi qui ne se réfère pas à la notion de bassin de vie et, en outre, cela induit une rupture d'égalité des citoyens devant la loi dès lors que ces autres commerces situés à proximité du centre commercial sont beaucoup plus chers ; que le préfet n'a pas répondu au courrier gracieux que la société « Levallois Distribution » lui a adressé dans lequel elle faisait valoir qu'il était matériellement possible de créer un aménagement pour permettre aux clients un accès direct à l'hypermarché Leclerc qu'elle exploite au sein du centre commercial.

- les observations de Mme F... et M. D..., représentant le préfet des Hauts-de-Seine qui confirme ses écritures et fait valoir que la baisse de chiffre d'affaires invoquée est assez faible et que la baisse de fréquentation peut être liée à la période estivale de sorte que la conditions d'urgence n'est pas remplie, d'autant que l'arrêté répond à un objectif de santé publique ; que le taux d'incidence reste très élevé chez les 20-29 ans et chez les 30-39 ans qui sont les tranches

d'âge qui fréquentent le plus les centres commerciaux, surtout en période de rentrée scolaire ; qu'il n'existe aucune possibilité d'aménagement au sein du centre commercial ; que le terme de l'arrêté est le 15 novembre 2021, date butoir prévue par la loi, et qu'il fera l'objet d'une réévaluation après la rentrée scolaire pour déterminer s'il s'avère toujours nécessaire, une période de trois semaines étant nécessaire pour déterminer avec précision le taux d'incidence et son évolution ; que l'accès aux biens et services de première nécessité est garanti dès lors qu'il existe à proximité, dans le bassin de vie, des commerces alimentaires et des pharmacies et que ces établissements de proximité peuvent se substituer à ceux qui se trouvent dans le centre commercial pour les clients qui ne bénéficient pas du « passe sanitaire » ; la loi du 5 août 2021 ne prévoit pas que l'accès aux biens et services de première nécessité soit nécessairement garanti au sein du centre commercial ; que si d'autres centres commerciaux de plus de 20 000 m² implantés dans le département n'ont pas été visés par l'arrêté c'est en raison de l'absence de commerces de substitution à proximité.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré présentée par le préfet des Hauts-de-Seine a été enregistrée le 30 août 2021.

Considérant ce qui suit :

1. Par un arrêté en date du 14 août 2021, le préfet des Hauts-de-Seine, sur le fondement des dispositions de l'article 1^{er} de la loi susvisée du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire et de l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, modifié par le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021, a fixé pour le département des Hauts-de-Seine la liste des grands magasins et centres commerciaux dont l'accès est subordonné à la présentation d'un « passe sanitaire ». Par la présente requête, la société « Levallois-Distribution » et Mme B... demandent au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'ordonner la suspension de l'exécution des articles 1^{er} et 2 de cet arrêté.

2. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : *« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public (...) aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »*.

Sur le cadre juridique :

3. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi susvisée du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire : *« I.- La loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire est ainsi modifiée : 1° L'article 1er est ainsi modifié : (...) ; / b) Le II est ainsi rédigé. « II.-A.-A compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 : ... 2° subordonner à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes (...) f) Sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs*

caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient, les grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret, et dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport. ». Le seuil des magasins et centres pouvant faire l'objet des mesures de restriction précitées est fixé à 20 000 m² par l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, modifié par le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021.

4. Il résulte de ces dispositions que si le législateur a entendu permettre aux préfets de prendre des mesures visant à lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 dans l'intérêt de la santé publique dans les grands magasins et centre commerciaux de plus de 20 000 m², c'est à la condition de garantir l'accès des personnes non titulaires d'un « passe sanitaire » aux biens et services de première nécessité à l'intérieur de ces grands magasins et centres commerciaux. En outre, selon le paragraphe IV de ce même article 1^{er} de la loi du 5 août 2021, ces mesures doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriés aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Sur la demande en référé :

En ce qui concerne la condition tenant à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale :

5. Il résulte des termes mêmes de l'arrêté du préfet des Hauts-de-Seine du 14 août 2021 que les mesures de restriction qu'il impose s'appliquent à l'ensemble des commerces situés dans les centre commerciaux et grands magasins listés sans prévoir aucun aménagement permettant de réserver l'accès des personnes ne disposant pas d'un « passe sanitaire » aux commerces proposant des biens et services de première nécessité au sein de ces magasins et centres commerciaux, notamment, aux commerces alimentaires ou aux pharmacies, en méconnaissance des dispositions législatives citées au point 3 de la présente ordonnance, le Conseil constitutionnel ayant d'ailleurs, au demeurant, relevé dans sa décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 que pour l'application de ces mesures aux grands magasins et centre commerciaux, le législateur « (...) a prévu qu'elles devaient garantir l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi qu'aux moyens de transport accessibles dans l'enceinte de ces magasins et centres » (considérant 42) . Si le préfet des Hauts-de-Seine fait valoir, d'une part, que des dispositifs de tests de dépistage ont été mis en place à l'entrée du centre commercial So Ouest afin de permettre aux personnes sans « passe sanitaire » d'accéder au centre commercial, cette possibilité ne saurait toutefois être regardée comme garantissant l'accès aux biens et services de première nécessité situés dans l'enceinte du centre commercial aux personnes ne disposant pas d'un « passe sanitaire » ainsi que l'exigent les dispositions législatives précitées, dès lors qu'elle revient à subordonner l'accès aux produits et services de première nécessité à la présentation, pour chaque entrée à l'intérieur du centre commercial, du résultat d'un examen de dépistage, et à exiger ainsi la production d'un « passe sanitaire ». Si, d'autre part, le préfet des Hauts-de-Seine se prévaut de l'existence d'une offre alternative de proximité en produits et services de première nécessité de nature à garantir l'accès des personnes à ces biens et services, il résulte toutefois de ce qui a été dit précédemment que le législateur n'a pas prévu l'existence d'une telle faculté de substitution. En outre, les requérants soutiennent à l'audience que l'arrêté contesté ne vise, pour le département des Hauts-de-Seine, qu'un seul centre commercial de plus de 20 000 m², le centre commercial So Ouest situé à Levallois, alors qu'il existe d'autres centres commerciaux de plus de 20 000 m² dans le département. Le préfet des Hauts-de-Seine indique à l'audience que, si les autres centres commerciaux de plus de 20 000 m² du département n'ont pas été visés par l'arrêté, c'est en raison de l'absence de

commerces à proximité de ces centres commerciaux permettant l'accès des personnes non titulaires d'un « passe sanitaire » aux biens et services de première nécessité. Toutefois, alors que la situation sanitaire est la même sur l'ensemble du département et qu'il n'est pas contesté que les centres commerciaux non visés par l'arrêté présentent des caractéristiques similaires au centre commercial So Ouest et n'ont notamment pas instauré de protocoles sanitaires plus contraignants pour les visiteurs, la différence de traitement ainsi instituée au seul motif qu'il existe ou non des commerces de proximité pour permettre l'accès des personnes non titulaires d'un « passe sanitaire » aux biens et services de première nécessité n'est pas justifiée au regard du principe d'égalité, compte tenu de l'objectif poursuivi de contrôle de l'épidémie.

7. Le préfet fait valoir que l'arrêté attaqué répond à l'aggravation de la situation sanitaire dans le département des Hauts-de-Seine et en Ile-de-France et expose que le taux d'incidence reste élevé dans le département, en particulier chez les 20-29 ans et les 30-39 ans pour lesquels il s'élève respectivement à 260 et 227,4 au 21 août 2021. Le préfet précise à l'audience que, compte tenu de ce taux dans ces tranches d'âge, qui sont celles qui fréquentent le plus les centres commerciaux, et de la date prochaine de la rentrée scolaire qui conduira cette population à se rendre dans les centres commerciaux pour y faire leurs achats, les mesures mises en œuvre sont nécessaires pour lutter contre la propagation de l'épidémie. Toutefois, il résulte de l'instruction que depuis la date d'édition de l'arrêté attaqué, le taux d'incidence dans le département des Hauts-de-Seine est en baisse continue et est passé de 196 au 14 août à 149 au 27 août. Cette baisse du taux d'incidence, selon les chiffres donnés par le préfet lui-même, peut être constatée dans la majeure partie des tranches d'âge de la population et est particulièrement sensible dans la tranche d'âge des 20-29 ans dans laquelle il est passé d'environ 270 à 227 et dans celle des 30-39 ans dans laquelle il est passé d'environ 340 à 260. Par ailleurs, le préfet ne produit aucun élément de nature à étayer son allégation selon laquelle les 20-39 ans constitueraient la tranche d'âge qui fréquente le plus les centres commerciaux et grands magasins. En outre, le préfet des Hauts-de-Seine ne fournit aucun élément, notamment des données épidémiologiques ou un avis scientifique, qui feraient apparaître, au regard des mesures sanitaires déjà existantes et en particulier du port du masque obligatoire et du respect des gestes barrières dans les centres commerciaux et grands magasins visés par l'arrêté et du protocole sanitaire mis en place dans le centre commercial So Ouest, que l'arrêté attaqué présenterait un intérêt significatif pour répondre à l'objectif de contrôle de l'épidémie.

8. En outre, ainsi qu'il a été dit au point 4, il doit être mis fin aux mesures telles que celle prise dans l'arrêté contesté sans délai lors qu'elles ne sont plus nécessaires. Ainsi que le font valoir les requérantes, l'arrêté du préfet des Hauts-de-Seine ne prévoit ni de durée d'application des mesures en litige ni de périodicité de réexamen de leur nécessité. Si le préfet fait valoir à l'audience que la nécessité des mesures sera prochainement réexaminée, il précise toutefois que ce réexamen n'interviendra, en tout état de cause, qu'après la période de la rentrée scolaire. Toutefois, le préfet n'apporte aucun élément concret sur les critères qu'il entend retenir pour apprécier le caractère encore nécessaire de la mesure alors que, ainsi qu'il a été dit précédemment, le taux d'incidence dans le département est en constante diminution depuis le début du mois d'août et s'élève à 149 au 27 août, et il ne fournit aucune justification, notamment épidémiologique, de nature à démontrer que le caractère nécessaire de la mesure ne devrait pas être réexaminé avant la rentrée scolaire.

9. Il résulte de ce qui précède que les requérantes sont fondées à soutenir que, en l'état de l'instruction, l'arrêté du préfet des Hauts-de-Seine porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre des établissements offrant des produits de première nécessité situés au sein des magasins et centres commerciaux qu'il vise et à la liberté d'aller et venir.

En ce qui concerne la condition d'urgence :

10. Eu égard à l'impact des mesures de restriction en cause, en raison du report de clientèle que celles-ci engendrent, sur l'équilibre financier des établissements concernés, la société « Levallois-Distribution » justifiant, d'une part, que sa fréquentation est en baisse de 18 % par rapport à la même période de l'année précédente et de 25 % par rapport à celle de l'année 2019 et, d'autre part, qu'elle a perdu 710 924 euros entre le 16 août et le 26 août par rapport à la même période de l'année précédente et 758 138 euros par rapport à la même période de l'année 2019, ce qui représente une baisse de 19,5 % de son chiffre d'affaires, ainsi qu'aux restrictions d'accès aux produits de première nécessité proposés par certains commerces de ces grands magasins et centres commerciaux que l'arrêté institue, la condition d'urgence doit être regardée comme remplie alors qu'il n'apparaît pas, notamment pour les motifs exposés au point 7, qu'un intérêt public suffisant s'attache à son maintien. La condition d'urgence prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est, par suite, également remplie.

11. Ainsi qu'elles l'ont indiqué à l'audience, les requérantes ne critiquent que les dispositions des articles 1^{er} et 2 de l'arrêté attaqué et non les dispositions des autres articles de cet arrêté relatives au port du masque dans les magasins et grands centres commerciaux visés qui sont divisibles de celles critiquées. Il y a lieu, par suite, de prononcer seulement la suspension de l'exécution des articles 1^{er} et 2 de l'arrêté attaqué.

ORDONNE :

Article 1^{er}: L'exécution des articles 1^{er} et 2 de l'arrêté du préfet des Hauts-de-Seine du 14 août 2021 fixant la liste des grands magasins et centre commerciaux des Hauts-de-Seine dont l'accès est subordonné à la présentation d'un « passe sanitaire » est suspendue.

Article 2: La présente ordonnance sera notifiée à la société « Levallois-Distribution », à Mme C... B... et au préfet des Hauts-de-Seine.